

Afirmações Equívocas ou Equivocadas sobre Direito (I)

Antônio Carlos Cintra do Amaral

É comum encontrarmos, na doutrina jurídica, afirmações dogmáticas que, pelo menos em meu entender, não resistem ao confronto com a realidade. Vejamos duas delas, que estão interligadas.

“O juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei”.

Esta famosa frase de **Montesquieu** é hoje insustentável.

A Revolução Francesa adotou, em toda sua plenitude, a teoria da tripartição de poderes, e com ela a ficção de que o juiz era – ou deveria ser – um autômato, a quem cabia a fiel aplicação da lei. O juiz, tal como dizia **Voltaire**, era – ou deveria ser – um “*escravo da lei*”. Ainda hoje lemos ou ouvimos freqüentemente esta afirmação.

A Revolução Francesa chegou a aprovar decreto instituindo o “*référé législatif*”, indispensável nos casos em que o juiz tinha dúvidas quanto à interpretação da lei. Esse expediente, logo abandonado, fazia com que os legisladores se tornassem juízes, o que, como acentua **Chaïm Perelman**, contrariava o princípio da separação de poderes.

O juiz, ao decidir, cria Direito, como adverte **Hans Kelsen**. Produz uma norma jurídica, qual seja, a decisão judicial, que, ao passar em julgado, torna-se vinculante para o caso concreto ou, como nas Ações Diretas de Constitucionalidade ou de

Inconstitucionalidade, para todos, confirmando a validade de uma lei ou desconstituindo sua validade.

O texto legal comporta, quase sempre, mais de uma interpretação e, em decorrência, mais de uma solução possível de aplicação concreta, como acentuam **Kelsen** e muitos outros juristas da maior envergadura. Assim, o juiz cria uma norma jurídica concreta, em regra individual, que é prevista hipotética e abstratamente na norma legal.

Esta observação vale igualmente para a produção de atos administrativos. O agente público, ao praticá-los, também interpreta o texto legal e escolhe uma das soluções possíveis de aplicação nele contidas. Tanto as decisões judiciais quanto os atos administrativos são normas jurídicas **terciárias**, na concepção kelseniana. O que caracteriza especificamente o ato administrativo é o fato de que ele está sujeito a controle jurisdicional (sobre esta noção, veja-se meu Comentário nº 133, divulgado nesta página no dia 01.05.06).

Na doutrina brasileira, encontramos com frequência a citação da clássica definição de **Miguel Seabra Fagundes** de que administrar é “*aplicar a lei de ofício*”. Com isso, quer-se sustentar que, para **Seabra Fagundes**, ao administrador cabe cumprir automaticamente a lei, e nada mais. Penso que quando o saudoso jurista brasileiro formulou essa definição teve por objetivo distinguir a função administrativa da função jurisdicional. O administrador age “*de ofício*”. O juiz, por provocação das partes. Isso é o que me parece resultar da leitura de todo o trecho em que a definição está contida:

*“A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do Direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional, se prendem à fase de sua realização. **Legislar** (editar o Direito Positivo), **administrar** (aplicar a lei de ofício) e **julgar** (aplicar a lei contenciosamente) são três fases da atividade estatal, que se completam e que a esgotam em extensão.”*

Assim, quando lemos ou ouvimos a afirmação de que “*o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei*”, ou a de que “*o agente administrativo é escravo da lei*”, devemos entendê-las como frases de efeito, sem correspondência com a realidade jurídica.

O Estado de Direito consagra o governo das leis, em contraposição ao governo dos homens.

Os governantes são, obviamente, os homens e não as leis. O que se quer dizer com esta afirmação é que os agentes estatais, que produzem normas **terciárias**, ou seja,

os juízes e os agentes administrativos, estão subordinados à lei, norma jurídica **secundária**.

A afirmação acima, equívoca, induz à crença, equivocada, de que no Estado de Direito, e mais especificamente no governo democrático, não há separação entre governantes e governados. Uma das principais características da democracia não é a eliminação dessa separação, mas a redução da distância social entre governantes e governados, como dizia **Karl Mannheim**, em seu clássico ensaio sobre “*La Democratización della Cultura*” (incluído nos “*Ensayos de La Sociología de la Cultura*”, trad. espanhola, Madrid, Aguilar, 1957). Quanto menor essa distância, mais democrático é o governo.

(Comentário CELC nº 135 – 01.07.2006, divulgado no site www.celc.com.br)

Esta página é renovada mensalmente, no dia 01 de cada mês